POR SALVADOR DE Recalde, vezino de Cadiz.

EN EL PLEYTO,

CON

Antonio de Vgarte, vezino de Tolosa.

VIENE Apelado por injusticia notoria de la sentencia de remate, pronunciada contra Saluador de Recalde, y pretende se ha de retener en esta Real Audiencia el pleyto, y q̃ en el interin no se ha de executar la sentencia: porque aunque en la escritura se obligò a pagar setenta mil y tantos reales, de resto y ajustamiento de la quenta de la compañia, tiene probado con siete testigos cōtestes y concluyentes, como la escritura fue simulada, y se hizo a riesgo y instancia de Antonio de Vgarte, que escriuio diferentes cartas diziendo, que le importaua para ciertos fines que se otorgasse la dicha escritura, y que no se auia de executar: y en esta conformidad y por darle gusto, se otorgò sin auer se ajustado la quenta de la compañia, ni reconocido los libros ni las partidas dela dote, que importan mas de 70ꝰ ducados, y sin auer interuenido los demas participes. Esta probança tā plena es vnica, y se coadjuua, porq̃ en la mesma escritura se dize q̃ Ioseph de Yriarte tuuo poder para hazer la quenta, y se obligò en la mesma escritura, como fiador de Saluador de Recalde, y en este pleyto ha declarado como no tuuo poder, y q̃ la quenta no la ajustò, porque la escritura se hizo en confiança por la causa referida, y porque no se auia de executar: y en efeto en quanto a esto es tan llena la probança, que no admite duda este hecho: y asi ha sido injusticia notoria sentenciar de remate, y esta se prueba por el mismo pleyto, y por ella se impide la execucion de la sentencia. *cap. inter cæteras de re iudicata,*

vbi

vbi glos. Salgado de protect. 3. p. cap. 9. per tot. Gutierr. lib. 1. pract. q. 120. lib. 1.

Y no ay mayor nulidad ni injusticia, que auer hecho remate auiendo probado el reo sus excepciones: y el conocimiento de este articulo pertenece a la Audiencia antes que se execute la sentencia, porque la *l. 3. tit. 21. lib. 4, recop.* manda que se haga el remate, si el reo no probare sus excepciones: y asi si se hizo estando probadas, como aqui, es notoria la nulidad, por que es sentencia contra ley. *cap. 1. de re iudic. l. non dubium, C. de legib.* y en este caso datur appellatio quoad vtrumq; effectum, porque la misma ley solo quitò el efecto suspensiuo conditionaliter, videlicet si el reo no probàre sus excepciones; tunc enim manda hazer remate, y q̃ se execute sin embargo de apelacion; ergo à contrario ex ipsa lege si se probaron, ni se pudo hazer remate, ni se quitò el efecto suspensiuo de la apelacion.

Cæterùm, el Iuez que menosprecia vna probãça plena, haze notoria injusticia, vt notabiliter tradit *Scaccia de re iud. glossa 14. q. 20. n. 15. Quia iudex non potest aliter arbitrari, & esset arbitrium dolosum, & sententia esset notoriè iniusta, quia isto casu probatio non dicitur arbitraria.* Eleganter *Corrasius in l. admonendi. ff. de iur. iurand. in princip. n. 56.* donde dize que el dar credito a vna probança plena, *non pendet ex iudicis arbitrio, sed ex lege quam iudicem sequi oportet*; y que es stulto & imperito el Iuez, que menosprecia vna probança de quatro testigos contestes, *Quia lex hoc casu plenè probatam intelligit, etsi suo captu iudex spernat & transgrediatur, facit litem suam.* Lo mismo prueba la *decis. Capitaquens. 248. p. 2. n. 3.* donde dize que la notoria injusticia *probatur ex actis probatorijs, & tunc nullitas est ipse Scaccia dict. glos. 14. q. 20. n. 10.*

Y en el Tribunal Superior no es menester mas comprobacion para la injusticia notoria, que ver el pleyto; y si de la vista de el resulta que la sentencia se debe reuocar, basta para que se tenga por notoriamente injusta, y no se mande executar, pues otro dia se ha de reuocar; sic tenet ipse *Scaccia dict. glos. 14 q. 11. n. 63. & 66.* porque no se atiende a lo que el hizo, sino a lo que debio hazer. *l. sed licet 12. ff. de offic. præsid.* y por este mismo fundamento resuelue *Azebedo in l. 1. tit. 21. lib. 4. recop. n. 59. & 61* que qualquiera excepcion legitima se debe admitir en la via executiua, *Aliàs enim quasi in humanum videretur condemnare illum in*

via

via executiua, qui ſtãte exceptionis oppoſitione veniret abſoluendus omnino

Y que eſta ſea excepcion releuante y de la via executiua, no es dudable; porque ſi ſe conſidera por excepcion de ſimula cion, ſe comprehende en la excepcion de falſedad, que es de las expreſſadas en la ley del Reyno, y es de la via executiua, maximè quando no huuo animo de obligarſe, ni hazer nada, como aqui, pues eſtà probado que la eſcritura ſe hizo en confiança, y que no ſe auia de executar; y aſsi la ſimulacion fue formal en la ſubſtancia de la obligacion, que es caſo en que ſe admite, porque la obligacion es nulla mediante la ſimulacion, a que ſe ha de eſtar. *l.1.C.plus val.quod agit*, y tambien la excepcion de nullidad es de la via executiua: aliud quando la ſimulacion no conſiſtio en la ſuſtancia de la obligacion, ſino en el nombre y formalidad del contrato; como ſi debiendo ex cauſa mutui, la obligacion ſe hizieſſe ex vendito, quia tunc non eſt propriè ſimulatio, quia cauſa eſt vera: ita *Parladorus rerũ quotid.lib.2.§.11.p.5.n.15. Rodriguez de execut.cap.6.n.24. Abendaño in dictionar.verb.Falſedad. Zachias ad Galleſ.de obligat.camer.q.18.n.5.* donde dize, q̃ *ſi tali caſu rejciatur hæc exceptio, datur appellatio. Azebedo in dict.l.1.tit.21.lib.4.recop.num.142.*

Tandem, auiendoſe probado que la quenta no ſe ajuſtô, ſe prueba que la cauſa de la eſcritura fue falſa, y la obligacion quedò ſin cauſa, & per cõſequens es nulla, y no produxo acciõ que ſe pueda executar, y a lo menos creditor exceptione doli ſubmouebitur. *l.2.§.circa.ff.de doli exce. quod procedit ſtante.l.3.tit.8.lib.3.ordinam.* vt tenet & comprobat *Anton.Gomez.variar.tom.2.cap.10.n.3.circa fin.& cap.11.n.5.* latè *Morla in empor.p.1.tit.3.q.3*

Y quando no huuiera mas que ſer eſta excepcion legitima, no ſe pudo reſeruar a otro juyzio, pues en eſte ſe halla probada plenamente: ita *Auendaño de cenſib.c.98.per tot. Rodrig.de execution.dict.cap.6.ex.n.3. Azeuedus dict.l.1.tit.21.lib.4.num.59.& 61.* Y no es meneſter mas doctrina que la deciſion deſta Real Audiencia pocos dias ha, en el pleyto de D.Iuan de Tapia, que ſe mandò retener, y ſe ſuſpendio la execucion del apremio, por auerſe tenido por injuſticia notoria, no auer admitido otra excepcion ſemejante en la calidad, y en la probança, ſaluo, &c.

Lic.D.Lorenço del Caſtillo y Gallegos.

[illegible]

Y quando [illegible] porque [illegible]

[illegible]

Y quando se hallan [illegible]

[illegible]